

a withholding tax upon the payment of the equalization tax may give rise to economic double taxation: from a substantial point of view, the equalization tax was not deductible from the taxable base of the distributing company. Second, the economic double taxation which may result from the application of the withholding tax may not be relieved in so far as the State of residence exempts the payment of the tax credit. Third, the withholding tax on the equalization tax was due at the time of the dividends distribution.

A separate issue is whether such levying of the withholding tax is allowed under art. 7(2) of the Directive. The ECJ touched upon a similar issue in the *Océ Van der Grinten* case, although it limited its analysis to the application of the withholding tax on the dividends. As noted above, in such case the ECJ concluded that the payment of a tax credit could not be considered a payment of dividends for the purposes of Art. 5 of the Directive.

In order to support such conclusion, however, the ECJ pointed out the fact that any tax paid at source in respect of the dividends could be offset against the tax due in the State of residence. It appears from the *Océ Van der Grinten* case that circumstance is decisive. The same point was also raised by the Tax Court of Second Instance of Piedmont, although the possibility for the Dutch company to receive a credit for the withholding tax levied upon the payment of the equalization tax becomes relevant to the extent such payment is considered a distribution of dividends for the purpose of art. 5.

A point not raised in the preliminary ruling concerns the existence of a cash flow disadvantage, which is caused by the application of the withholding tax levied upon the payment of the equalization tax to the non-resident shareholder. In purely domestic situations the payment of the tax credit was taxed in the hands of the domestic parent company, since dividends received were grossed up of the amount of such credit, but no withholding tax was levied at the time of the refund of the tax credit. Whether or not cash flow disadvantages conflict with Community law is still a debatable issue, as the case law of the ECJ does not always refer to such problems.

Mario Tenore

11 **Simeti Engineering. C-311/08. Belgian transfer pricing rules in accordance with EC law? Reference for preliminary ruling (comment by De Broe and Neyt)**

A Belgian Tribunal has requested the ECJ for a preliminary ruling to the ECJ on whether article 26 BITC, one of Belgium's main transfer pricing provisions, is in accordance with EC law. Article 26 BITC restricts the freedom of establishment in the sense that it leads to a disadvantageous tax treatment of a Belgian company and possible double taxation in the case of transactions with a related party not considered to be at arm's length, solely when that related party is a non-resident (established in another Member State). However, such treatment, an adjustment of the taxable base of the Belgian company, might be justified as an appropriate measure protecting the balanced allocation of taxing powers and/or combating wholly artificial arrangements, since the application of article 26 BITC in practice might be considered proportionate.

Tribunal de Première Instance, 19 February 2008, no. 06/3161/A (Koops)

(...)

I Objet de la demande

Par sa requête introductive d'instance et par conclusions, la S.A. SIMETI ENGINEERING, qui a fait l'objet d'une taxation sur avantages anormaux cru bénévoles consentis à une société de droit luxembourgeois, demande de:

- Recevoir son action et la déclarer fondée
- En conséquence ordonner le dégrèvement de la totalité de la cotisation litigieuse à l'impôt des sociétés enrôlée à sa charge sous l'article 423.011 pour l'exercice d'imposition 2002

- A titre subsidiaire ordonner le dégrèvement de la cotisation litigieuse qui correspond à la partie 'normale' des revenus versés à la S.A. NEUTRUM
- Condamner l'ETAT BELGE aux dépens liquidés à l'indemnité de procédure de 5000 EUR (montant de base).

II *Recevabilité de la demande*

La demande, régulière en la forme et introduite dans le délai légal, est recevable, ce qui n'est pas contesté par le défendeur.

III *Fondement de la demande*

1 *Faits et Antécédents*

1. La S.A. SIMETI ENGINEERING (anciennement SPRL SOGECAB), est une société de droit belge, qui a notamment pour objet social toutes opérations se rapportant à l'électricité, l'électronique, l'informatique, l'hydraulique, la pneumatique, la régulation, les mesures, l'appareillage électromécanique, la tuyauterie industrielle, la charpente métallique, tous travaux de terrassement, carrelage ..., dont le capital porté à 2.750.000 FB le 31 mars 2000 est entièrement souscrit et libéré par Eduardo VESPA qui en est administrateur, président du conseil d'administration et administrateur délégué.

2. La société de droit luxembourgeois NEUTRUM - dont Eduardo VESPA est administrateur depuis le 13 avril 2000 et administrateur délégué depuis le 21 mai 2000 - est nommée administrateur de la S.A. SIMETI ENGINEERING en lieu et place de Eduardo VESPA le 8 septembre 2000 avec effet au 1^{er} octobre 2000.

3. Le 17 mars 2001, la S.A. SIMETI ENGINEERING conclut avec la S.A. NEUTRUM une convention d'assistance management aux termes de laquelle elle souhaite développer ses activités sans devoir créer en son sein les structures adéquates: elle lui confie la mission d'organiser pour son compte la structure de l'entreprise en vue de lui permettre d'en assurer la commercialisation, dans son sens le plus large, de même que la maintenance générale voulue, sur le plan commercial (prospection et suivi de la clientèle), administratif et technique.

4. La rémunération est fixée forfaitairement comme suit:
- forfait mensuel pour la partie administrative: 800.000 FB
 - rétribution mensuelle en qualité de mandataire: 400.000 FB
 - frais d'étude suivant dossier
 - frais de représentation: 150.000 FB par mois
 - frais de véhicule; 150.000 FB par mois
 - frais de déplacement et logement 8000 FB par jour

5. D'avril décembre 2001, des sommes totales de 13.870.000 EB sont versées par la S.A. SIMETI ENGINEERING à la S.A. NEUTRUM en exécution de cette convention.

6. A défaut de dépôt de la déclaration fiscale dans le délai légal pour l'exercice d'imposition 2002, le contrôle des contributions de Mons adresse à la S.A. SIMETI ENGINEERING un avis d'imposition d'office en date du 14 juillet 2004 l'informant de son intention de taxer ces transferts financiers sur base de l'art. 26 al. 2 1^o CIR. 92 au titre d'avantages anormaux et bénévoles consentis à une société étrangère avec laquelle elle se trouve dans des liens d'interdépendance.

7. Le 30 août 2004, la S.A. SIMETI ENGINEERING y répond, contestant cette taxation.

8. Le 24 novembre 2004, l'administration confirme sa décision de taxation.

9. Le fisc enrôle à charge de la S.A. SIMETI ENGINEERING la cotisation litigieuse pour l'exercice d'imposition 2002.

10. Une réclamation est introduite le 21 mars 2005 et rejetée par la décision contestée.

2 *Discussion*

1. *Sur la procédure*

La demanderesse estime qu'elle n'a pu faire valoir sa contestation devant une autorité administrative impartiale au motif que l'autorité qui a statué sur sa réclamation est précisément celle qui a pris la décision de taxer, à savoir le centre de contrôle de Mons-La Louvière, Administration de la Fiscalité des Entreprises et des Revenus, dont le siège est établi à Mons, chemin de l'inquiétude.

Elle considère que la décision du 21 septembre 2006 n'a pas été prise selon les principes de bonne administration et doit être annulée.

Il convient de souligner que c'est l'impôt contesté qui est soumis 'à l'examen du Tribunal et non la décision administrative.

Au demeurant, cette décision n'est pas illégale, le fonctionnaire qui a statué sur la réclamation administrative ayant été valablement délégué par le Directeur du centre de contrôle de Mons-La Louvière (Administration de la Fiscalité des Entreprises et des Revenus) qui lui-même est compétent sur base de l'art. 95 de la loi du 15 mars 1999 et de l'art. 19 § 1^{er} 1°, 2°, 30 de l'A.R. portant réforme de l'Administration de la Fiscalité des Entreprises et des Revenus conférant à cette administration le pouvoir de vérifier la situation fiscale des contribuables, de traiter les contestations et de défendre les dossiers devant les diverses juridictions.

Au sein de l'administration, ce sont des fonctionnaires différents qui ont pris la décision de taxer (HARVENGT), qui ont instruit (RATAJCZAK) et tranché la contestation administrative (LECLERCQ).

Les principes de bonne administration n'ont nullement été violés.

Par ailleurs le recours judiciaire garantit au contribuable l'indépendance et l'impartialité qui ne peuvent être totales au niveau: administratif.

2. Sur le fond

Pour l'exercice d'imposition 2002, l'administration fiscale a taxé dans le chef de la S.A. SIMETI ENGINEERING les sommes versées la société de droit luxembourgeois NEUTRUM à raison de 13.870.000 FB d'avril à décembre 2001 au titre d'avantages anormaux ou bénévoles en application de l'art. 26 al. 2 1° CIR 92.

Au regard du droit belge

L'article 26 du Code des impôts sur les revenus 1992 (coordonné par l'arrêté royal du 10 avril 1992 portant coordination des dispositions légales relatives aux impôts sur les revenus et confirmé par la loi du 12 juin 1992, publié au Moniteur belge du 30 juillet 1992) – en abrégé CIR 92 –, modifié par la loi du 28 juillet 1992, stipule ' Sous réserve des dispositions de l'article 54, lorsqu'une entreprise établie en Belgique accorde des avantages anormaux ou bénévoles, ceux-ci sont ajoutés à ses bénéfices propres, sauf si les avantages interviennent pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires. Nonobstant la restriction prévue à l'alinéa 1^{er}, sont ajoutés aux bénéfices propres les avantages anormaux ou bénévoles qu'elle accorde à:

- 1°. un contribuable visé à l'article 227 à l'égard duquel l'entreprise établie en Belgique se trouve directement ou indirectement dans les liens quelconques d'interdépendance;
- 2°. un contribuable visé à l'article 227 ou à un établissement étranger, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis à un régime fiscal notablement plus avantageux que celui auquel est soumise l'entreprise établie en Belgique
- 3°. un contribuable visé à l'article 227 qui a des intérêts communs avec la contribuable ou l'établissement visés au 1° ou au 2°.

L'art. 227 CIR 92 définit les non-résidents

- 2°. les sociétés étrangères... qui n'ont pas en Belgique leur siège social, leur principal établissement ou leur siège de direction ou d'administration.

Suivant la jurisprudence, pour constituer un avantage anormal ou bénévole l'avantage doit être contraire à l'ordre habituel des choses, aux règles et aux usages commerciaux établis, eu égard aux circonstances économiques du moment et à la situation économique des parties (voir notamment Cass., 10 avril 2000, www.cass.be), être accordé à titre gracieux sans contrepartie.

La preuve de l'existence d'un tel avantage est soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond.

L'ETAT BELGE estime, à juste titre, qu'au vu du libellé des facturations forfaitaires intitulées 'note de commission et de gestion suivant convention du 17 mars 2001', il est impossible de déterminer la nature et l'ampleur exacte des prestations fournies par la S.A. NEUTRUM.

La réalité des prestations n'a pu être établie à défaut d'explications valables et de documents probants, hormis les factures établies mensuellement et non détaillées.

En outre, le représentant de la S.A. NEUTRUM, administrateur depuis le 13 avril 2000 et administrateur-délégué depuis le 21 mai 2000 (pièces 159-162 du dossier administratif) n'est autre que Eduardo VESPA, lui-même administrateur de la S.A. SIMETI ENGINEERING jusqu'à son remplacement par la S.A. NEUTRUM en date du 8 septembre 2000.

Le fisc ne conteste ni la qualité d'administrateur de la S.A. NEUTRUM ni l'opportunité de sa désignation.

Le fisc ne démontre pas l'existence d'une simulation.

Cependant force est de constater que les montants payés par la S.A. SIMETI ENGINEERING sont manifestement déraisonnables au regard du chiffre d'affaires de 24.370.974 FB et totalement disproportionnés au regard de l'utilité économique des prestations en qualité d'administrateur de la S.A. NEUTRUM représentée par Eduardo VESPA dont le mandat antérieur d'administrateur était, suivant les statuts, exercé à titre gratuit.

Dans une espèce similaire où une société s'ur de la S.A. SIMETI ENGINEERING, la S.A. SIMETI dont Eduardo VESPA est actionnaire majoritaire, avait versé des commissions à une autre société de droit luxembourgeois, dont Eduardo VESPA est le gérant, sur base d'une convention d'assistance management et de factures de commissions libellées exactement dans les mêmes termes, ce Tribunal autrement composé a déjà jugé que *'les sommes litigieuses doivent a priori s'analyser en l'attribution d'un avantage anormal et bénévole faute de pouvoir apprécier la réalité et la substance des prestations fournies en contrepartie des décaissements de la requérante et l'incidence effective et concrète desdites prestations sur l'exploitation de cette dernière' et 'le pouvoir de décision au sein des deux sociétés se trouve articulé en l'occurrence de façon concordante par le biais d'une structuration de type circulaire qui atteste du caractère évident d'interdépendance des deux sociétés'* (Civ. Mons (ch. Fisc.), 27 avril 2006, R.G. 04/1262/A).

Pour les mêmes raisons, ce Tribunal estime que l'avantage consenti par la S.A. SIMETI ENGINEERING à la S.A. NEUTRUM résultant de l'octroi de ces 'commissions' anormalement élevées doit être considéré comme un avantage anormal ou bénévole accordé à une société non-résidente à l'égard de laquelle elle se trouve dans des liens d'interdépendance au sens de l'art. 26 al. 2 1° CIR 92.

En application dudit art. 26 CIR 92, cet avantage ne peut être exonéré et doit être ajouté aux bénéfices propres de la S.A. SIMETI ENGINEERING.

Le fisc belge a fait une correcte application de l'art. 26 al. 2 1° en taxant, dans le chef de la société belge, les avantages anormaux ou bénévoles résultant de ces transferts financiers.

Par ailleurs, la demanderesse ne démontre pas l'existence d'une discrimination et d'une violation des art. 10 et 11 de la Constitution, la situation des sociétés résidentes et non résidentes n'étant nullement comparable.

Sa position subsidiaire ne peut davantage être retenue dès lors que ses considérations sur le caractère réel des prestations pour une partie des sommes en question n'est en rien étayée par le moindre élément probant.

Au regard du droit européen

Cependant se pose, au regard du droit européen, la question de la compatibilité de l'art 26 CIR 92 avec les normes de droit communautaire: en effet, suivant la jurisprudence actuelle de la Cour européenne de justice, si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire (voir notamment Arrêts Royal Bank of Scotland du 29 avril 1999, C311/97 et Manninen du 7 septembre 2004, C.319/02).

Les avantages anormaux ou bénévoles consentis par une entreprise belge sont ajoutés à ses bénéfices, sauf si ces avantages interviennent pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires.

Il s'en déduit que l'entreprise belge qui a consenti des avantages anormaux ou bénévoles ne sera jamais taxée sur leur montant si le bénéficiaire est une société belge, assujettie à l'impôt des sociétés en Belgique.

Par contre, les avantages anormaux ou bénévoles seront systématiquement ajoutés aux bénéfices de l'entreprise belge si le bénéficiaire est une entreprise non-résidente, ayant son siège dans un autre Etat membre, à l'égard de laquelle elle se trouve dans des liens d'interdépendance.

Selon le professeur J. MALHERBE, il y a discrimination si l'on considère que dans de nombreux cas, les avantages anormaux reçus par une entreprise belge ne seront pas pris en considération in fine pour déterminer ses revenus imposables.

Suivant l'ETAT BELGE, la différence de traitement n'est pas flagrante s'il est tenu compte de l'article 9 de la convention belgo-luxembourgeoise préventive de la double imposition.

Si la Cour de justice a admis que la nécessité de préserver la cohérence d'un système fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, il faut

toutefois, pour qu'un argument fondé sur une telle justification puisse prospérer, que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé (voir notamment arrêts du 23 février 2006, Keller Holding, C.471/04 et du 18 janvier 2007, Commission c/ Suède, C.104/06).

Il résulte d'une jurisprudence bien établie que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ou d'y apporter une restriction peuvent néanmoins être admises à condition poursuivent un objectif légitime, compatible avec le traité et se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (voir, en ce sens, arrêts du 15 mai 1997, Futura Participations et Singer, C-250/95, Rec. p. I-2471, point 26, du 11 mars 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Rec. p. I-2409, point 49, du 13 décembre 2005, Marks & Spencer, C.446/03 et du 18 janvier 2007, Commission c/ Suède, C.104/06).

La Cour de justice, dans son arrêt Marks & Spencer du 13 décembre 2005, admet que la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres pourrait rendre nécessaire l'application, aux activités économiques des sociétés établies dans l'un de ces Etats, des seules règles fiscales de celui-ci, en ce qui concerne tant les bénéfices que les pertes; ledit arrêt (points 37 et 38) considère que les filiales nationales et étrangères ne sont pas comparables parce qu'il n'y a pas de pouvoir d'imposition sur les filiales étrangères: '... À cet égard, il convient de constater que, en droit fiscal, la résidence des contribuables peut constituer un facteur pouvant justifier des règles nationales qui impliquent une différence de traitement entre contribuables résidents et contribuables non résidents.

Cependant, la résidence n'est pas toujours un facteur justifié de distinction. En effet, admettre que l'Etat membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre Etat membre viderait l'article 43 CE de son contenu (voir arrêt du 28 janvier 1986, Commission/France, 270/83, Rec. P. 273, point 18)... Dans chaque situation concrète, il convient d'examiner si la limitation de l'application d'un avantage fiscal aux contribuables résidents est motivée par des éléments objectifs pertinents susceptibles de justifier la différence de traitement'.

Cela revient à examiner, dans chaque cas concret, s'il existe de bonnes raisons pour limiter un avantage fiscal aux seuls résidents.

La SA. SIMETI ENGINEERING considère que la législation belge sur les avantages anormaux ou bénévoles aboutit à une double imposition incompatible avec la liberté de mouvement garantie par le traité CEE : une même opération a en effet des conséquences fiscales plus onéreuses lorsqu'elle est réalisée entre une société belge et une société d'un autre Etat membre, que lorsqu'elle est réalisée entre deux sociétés belges (KIRKPATRICK et GARABEDIAN, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., n° 2.63, C – arrêt du 21 novembre 2002, C.436/00 – C.J.C.E., arrêt du 3 octobre 2006, C.290/04).

Suivant sa thèse, les montants versés sont doublement imposés et in la législation belge entraîne une restriction, tant dans son chef que dans le chef de la S.A. NEUTRUM, en ce qu'elle constitue un obstacle à la collecte de capitaux en Belgique, à l'investissement de sociétés d'autres Etats membres dans le capital de sociétés belges ou à l'établissement en Belgique.

La question posée est celle d'une discrimination (art. 12 CE) fondée sur la résidence – assimilée à la nationalité – et une atteinte au principe de la liberté d'établissement (art. 43 et 48 CE) et de la libre circulation des capitaux (art. 56 CE).

La question est pertinente et a amené ce Tribunal à poser à la Cour européenne par jugement du 19 juin 2007 (R.G.-. 04/1870/A), dans le cadre d'un autre litige, les questions préjudicielles suivantes:

1. ' L'article 43 du Traité CE, combiné avec les articles 48 et, le cas échéant, 12 du même traité, s'oppose-t-il à une législation d'un Etat membre, qui comme celle en cause, entraîne l'imposition d'un avantage anormal ou bénévole dans le chef de la société résidente belge ayant consenti ledit avantage à une société établie dans un autre Etat membre, à l'égard de laquelle la société belge se trouve directement ou indirectement dans les liens d'interdépendance, alors que, dans des conditions identiques, la société résidente belge ne peut être imposée sur un avantage anormal ou bénévole lorsque cet avantage est consenti à une autre société établie en Belgique, à l'égard de laquelle la société belge se trouve directement ou indirectement dans les liens d'interdépendance?'

2. L'article 56 du Traité CE, combiné avec les articles 48 et, les cas échéant, 12 de même traité, s'oppose-t-il à une législation d'un Etat membre, qui comme celle en cause, entraîne l'imposition d'un avantage anormal ou bénévole dans le chef de la société résidente belge ayant consenti ledit avantage à une société établie dans un autre Etat membre, à l'égard de laquelle la société belge se trouve directement ou indirectement dans des liens d'interdépendance, alors que, dans des conditions identiques, la société résidente belge ne peut être imposée sur un avantage anormal ou bénévole lorsque cet avantage est consenti à une autre société établie en Belgique, à l'égard de laquelle la société belge se trouve directement ou indirectement dans les liens d'interdépendance

Partant, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de surseoir à statuer dans l'attente de la réponse de la Cour de justice.

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal,

Statuant contradictoirement, en premier ressort;

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 dont il a été fait application;

Donnant acte aux parties présentes de leurs dires, dénégations et réserves, rejetant toutes les conclusions plus amples ou contraires;

Reçoit la demande;

La dit dès à présent non fondée en ce qu'elle conteste la régularité de la procédure;

Dit pour droit que la somme de 13.870.000 FB versée en 2001 par la S.A. SIMETI ENGINEERING à la S.A. NEUTRUM constitue un avantage anormal ou bénévole sur base de l'art. 26 al 2 1° CIR 92 ;

Surseoit à statuer pour le surplus dans l'attente de la réponse de la Cour européenne de Justice aux questions préjudicielles posées par le jugement de ce Tribunal du 19 juin 2007 (R.G. 04/1870/A) ;

Réserve à statuer sur le surplus de la demande et sur les dépens, rouvre les débats et renvoie la cause ainsi limitée au rôle général.

Comment

Article 26 BITC

The Tribunal of Mons (Belgium) has requested the ECJ for a preliminary ruling on whether article 26 BITC, one of Belgium's main transfer pricing provisions, is in accordance with EC law. Article 26 BITC allows the tax authorities to adjust the profits of Belgian companies, or of Belgian PEs of foreign companies, with profits which are transferred to another taxpayer under conditions that are considered 'abnormal' or 'gratuitous', i.e. that disregard the arm's length principle. However, profits will not be added back to the taxable base if they are included in the taxable income of the beneficiary. On the basis of Belgian tax law, this is always the case for Belgian companies. Thus, article 26 BITC is never used in a purely domestic context. Although the escape clause also applies when profits are included in the taxable base of a recipient abroad, the second paragraph of article 26 BITC provides that a profit adjustment is inevitable either when the recipient is established in a tax haven, or when the foreign recipient and the Belgian company granting the benefits are interdependent. Interdependence is broadly defined and as such, does not need a shareholding relationship.

The Freedoms invoked

The Tribunal of Mons identified the problem as an issue of discrimination (art. 12 EC), the freedom of establishment (art. 43-48 EC) and the free movement of capital (art. 56 EC). Only one of those, i.e. the freedom of establishment, is relevant in the present case. The free movement of capital, which according to the ECJ encompasses 'financial operations essentially concerned with the investment of funds in question rather than the remuneration of a service' (Opinion of AG La Pergola 24 June 1999, C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v B.G.M. Verkooijen*, pt. 11 and ECJ 31 January 1984, C-286/82 & 26/83 *Luisi and Carbone*, pt. 21), is not likely to apply to the case at hand where the fee paid to Neutrum, the managing company, covers, albeit alleged, management services. Note that the transactions cannot be qualified under the non-exhaustive list of Directive 88/361/EEC to which the Court may want to refer in cases concerning the free movement of capital (e.g. ECJ 16 March 1999, C-222/97 *Manfred Trummer & Peter*

Mayer, pt. 21. It could be argued that the freedom to provide services applies, however, that would require services surpassing those normally included in the management, 'the right to manage undertakings', as such being covered by article 43 EC. Furthermore, a reference to article 12 EC is of no avail given that it is established case law of the ECJ that this general prohibition applies only to situations for which the EC Treaty lays down no specific rules, such as, for instance, the freedom of establishment and the free movement of capital (ECJ 29 April 1999, C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc. v Elliniko Dimosio*, pt. 20).

Discrimination

Article 26 BITC as described above does indeed lead to a different treatment of Belgian companies dealing with related parties with disregard to the *arm's length* principle, on the sole basis of whether or not that related party is a Belgian or a foreign company. Such dealings with domestic related parties will fall under the escape clause whereas those with foreign related parties will with certainty lead to an adjustment of the taxable base of the Belgian company, regardless of whether or not the payment is already included in the taxable base of the foreign related company, as such entailing a risk of double taxation. This amounts to indirect discrimination of Belgian companies, making it less attractive for companies of other Member States to exercise their right of establishment in Belgium and as such, causing a restriction on the freedom of establishment.

Tax Treaty

Before the Tribunal, the Belgian tax authorities admitted that there was a different treatment of Belgian companies, but argued that such different treatment was explained by the fact that Article 26 BITC mirrors Article 9 of the Belgium-Luxembourg tax treaty (similar to Art. 9 (1) OECD MC). Three remarks have to be made in this respect. First, the fact that the application of Article 26 BITC has been preserved in the tax treaty does not mean that the Treaty freedoms do not apply in this case. Indeed, in *Gilly* (ECJ 12 May 1998, *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, pt. 24-30), the ECJ ruled that Treaty freedoms as such do not apply to a pure and simple allocation of taxing powers amongst Member States, for which they remain fully competent. However, the ECJ should take into consideration that article 26 BITC must be viewed as a general rule that also applies independently from a tax treaty as a provision of Belgian domestic law and as such can be applied unilaterally. Second, the rule preserved in the treaty does not concern the allocation of taxing powers, but rather the exercise of taxing powers. The ECJ has clarified that, although Member States are free to allocate taxing rights, as far as the exercise of the power of taxation so allocated is concerned, the Member States may not disregard Community rules (ECJ 21 September 1999, C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt*, pt. 58, ECJ 19 January 2006, C-265/04 *Margaretha Bouanich v Skatteverket*, pt. 50 and ECJ 14 December 2006, C-170/05 *Denkavit International BV, Dankavit France SARL v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, pt. 44). Finally, the fact that in this specific case the provision is preserved in a tax treaty, should not serve to save the provision since the ECJ has ruled on several occasions that Community law has precedence over a tax treaty and the latter must therefore be applied in accordance with Community law (ECJ 21 September 1999, C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt*, pt. 57 and ECJ 12 December 2002, C-385/00 *F.W.L. de Groot v Staatssecretaris van Financiën*, pt. 94). In a case of conflict, the treaty provision should not be applied at all (ECJ 27 September 1988, Case 235/87 *Matteucci*, pts. 19-23). Therefore, the conclusion of a restriction on the freedom of establishment as explained above should be upheld.

Justification

The discriminatory treatment might, however, be justifiable on the grounds of the prevention of tax avoidance and/or the balanced allocation of taxing powers between Member States which, according to the ECJ, are related (ECJ 18 July 2007, C-231/05 *Oy AA*, pt. 62). In its *Thin Cap GLO* judgment, the Court made it clear that it considered the '*arm's length*' standard an objective element which can be used to verify whether a transaction represents a purely

artificial arrangement, the purpose of which is to circumvent the tax legislation of a Member State, i.e. in this case, an artificial shift of profits (ECJ 13 March 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigations v Commissioners of Inland Revenue*, pt. 81). The Court has held repeatedly that artificial profit shifting undermines the rights of Member States to exercise their tax jurisdictions (ECJ 13 December 2005, C-446/03 *Marks & Spencer plc. v David Halsey*, pt. 46, ECJ 12 September 2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, pt. 56 and ECJ 13 March 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigations v Commissioners of Inland Revenue*, pt. 75). Therefore transfer pricing rules, such as article 26 BITC, that follow the 'arm's length' principle to protect the balanced allocation of taxing power and prevent tax avoidance, pursue a legitimate objective compatible with the aims of the EC Treaty.

Proportionality

It seems clear, however, that the plain and simple application of the arm's length principle, without due consideration to the particularities of, for instance, subsidiaries and their parent companies, might not be in line with the proportionality requirement. The ECJ stated in *Thin Cap GLO* (ECJ 13 March 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigations v Commissioners of Inland Revenue*, pt. 82) that a measure combating purely artificial arrangements is to be considered proportionate when the taxpayer is given the opportunity to provide evidence of any commercial justification that there may have been for that arrangement.

It is important to note that in practice, the application of article 26 BITC is more sophisticated. First, the tax authorities bear the burden of proof when they consider a transaction not to be at arm's length. Second, the tax authorities will then first propose the profit adjustment to the taxpayer, who then has the opportunity to submit his arguments and defend sound business reasons, if present, before being subject to tax. Furthermore, if these arguments are not accepted by the tax authorities, the taxpayer can bring his case before the courts. Moreover, Belgian courts have taken a course which is more lenient than the strict application of the arm's length principle. The Belgian Supreme Court considered the abnormal or the gratuitous character of a transaction 'a matter of fact' as such adhering to a facts and circumstances approach (Cass. 31 October 1979, *Bull. Bel.* no. 590, p. 2353.). The courts judge on a case-by-case basis and take into consideration e.g. the economic reality of a parent-subsidiary relationship and the long-term perspective in a group. This more balanced application of a rule which, as such, pursues an aim compatible with the Treaty, might lead the ECJ to the conclusion that article 26 BITC is in line with EC law.

Luc de Broe and Robert Neyt

12 Vandermeir. Reference for a preliminary ruling on freedom of establishment and to provide services. Tribunal de Première Instance d'Arlon (Belgium) (comments by Schipper)

Do Articles 43 and/or 49 EC preclude national legislation of one Member State, such as the legislation in question, which requires a self-employed person residing in that Member State to register his vehicle there, although he carries on business almost exclusively in a second Member State from a fixed establishment that he owns there, and the vehicle is neither intended to be substantially used in the first Member State on a permanent basis, nor is in fact so used?

Tribunal de Première Instance, 07 August 2008, no. C-364/08

Reference for a preliminary ruling from the Tribunal de Première Instance d'Arlon (Belgium) lodged on 7 August 2008 – *Marc Vandermeir v État Belge – SPF Finances*

(Case C-364/08)

Language of the case: French

Referring court

Tribunal de Première Instance d'Arlon

Parties to the main proceedings